

Römisches Recht, Unabhängigkeitsrevolutionen und Rechtskodifizierungen in Lateinamerika

1. Das Forschungsprojekt zum Thema „Römisches Recht, Unabhängigkeitsrevolutionen und Rechtskodifizierungen in Lateinamerika“, dessen Arbeitsplan ich kurz in Grundzügen darlegen will,¹ lehnt zum Teil an zwei Studientreffen an, die vor einigen Jahren in Sassari stattfanden.

a) Im Jahre 1972 führte in Sassari die Abteilung Lateinamerika der Forschungsgruppe über die Verbreitung des Römischen Rechts, das „Erste Treffen lateinamerikanischer Forschung“ (*Primo incontro di studi latino-americani*) durch in dem Fragen des Verhältnisses der Entwicklung des Studiums des römischen Rechts zu den im Gang befindlichen Veränderungen der lateinamerikanischen Universitätsstrukturen zur Sprache kamen. Es nahmen unter anderen Experten für Fragen des römischen Rechts (F. Margadant) und für Hochschulfragen (M. Sabbatini, H. A. Steger) teil. Zum gleichen Zeitpunkt wurde die Ausarbeitung der durch direkte Erhebungen ermittelten Daten, sowie die Sichtung von Anschauungsmaterial zur „Lage der wissenschaftlichen Forschung und Hochschulbildung auf dem Gebiet des römischen Rechts und der römischen Kultur in Lateinamerika“ abgeschlossen.

Die beiden Aspekte dieser Untersuchung über „Römisches Recht und Universität in Lateinamerika“² erfaßten, bezugnehmend auf Lateinamerika, einen Zusammenhang, der für Europa in der Historiographie zwar längst unumstritten fest Fuß gefaßt hat und dennoch immer wieder, oft sogar lebhaft, in Frage gestellt wird, wenn es um die Ausbildung des Juristen und um die Erfordernisse der Praxis geht.

So wurde in dem Treffen von 1972, in jener ideellen Spannung und jener Weitsicht, zu deren Belebung auch das Gewicht der Studentenbewegungen beitrug, die aus dem Jahr 1968 das „Jahr der Studenten“³ gemacht hatte,

¹ Dieses Forschungsprojekt stellt ein Teilstück einer umfassender angelegten, von mir geleiteten Untersuchung mit dem Thema „Römisches Recht und ius-romanistische Tradition in der Geschichte der osteuropäischen und aussereuropäischen Länder, mit besonderer Berücksichtigung Lateinamerikas“ dar, die vom Nationalen Forschungsrat (C. N. R.) genehmigt wurde. Die Herausgabe des vorliegenden, Prof. E. Pólay gewidmeten Bandes ist mir eine willkommene Gelegenheit, in Erinnerung an unsere gelegentliche Zusammenarbeit (cf. auch *infra* 3. 2. d.) diesen ersten Bericht zu veröffentlichen.

² Cf. *Diritto romano e Università dell'America Latina. Indagine diretta da P. Catalano*, Napoli, 1973 (*Index*, Bd. 4, 1973).

³ Die Gesellschaft für Rechtswissenschaften in Sassari hatte damals mehrere wichtige Forschungsbeiträge zusammengefaßt: cf. den Band *Università, Studi Sassari*, III, 1, 1969.

der „Tragweite des Zusammenstoßes der sog. technologischen Zivilisation mit den traditionellen Hochschulstrukturen und mit den Werten, deren Träger diese heute noch (in vielfältiger Weise) sind, Rechnung getragen und festgestellt, daß „der Pragmatismus nun für das Römische Recht zum gefährlichsten Gegner geworden sei“. Im Rückgriff „auf den geschichtlichen Ursprung des inzwischen im Niedergang befindlichen Übergewichts der juristischen Fakultäten innerhalb der lateinamerikanischen Universitäten und Gesellschaftsordnungen einerseits, und des längst überholten Vorrangs des Römischen Rechts in der Werthierarchie dieser Fakultäten“, ⁴ wurde zum Ausdruck gebracht, es sei „Verantwortung und, dank ihres ius-romanistischen Strukturkerns, politisches Ziel der lateinamerikanischen Universität, die umfassende institutionelle Alternative gegen importierte und der lateinamerikanischen Wirklichkeit fremde Lebensvorstellungen anzubieten.“ ⁵

Das ging nicht ohne Gegensätze vonstatten. Einerseits betonte man zum Beispiel, daß „wir manchmal, abgesehen von solcher Beredsamkeit, auch eine andere Sehnsucht antreffen, und zwar den naturrechtlichen Wunschtraum..., der der Vorstellung des Rechts als Sozialtechnologie entgegensteht“. ⁶ Andererseits wurde herausgestellt, daß wir „der Ideologie der Sozialtechnologie die Utopie des Studiums der Institutionen der Antike entgegensetzen können, als Anreiz der Phantasie und als Ansporn der Kritik, das heißt als fehlenden Respekt für das Bestehende, im Hinblick auf das, was sein muß und kann, und im Blick auf das, was in der Vergangenheit gewesen ist“. ⁷

Dieser Zusammenhang zwischen römischem Recht und Universität stellte somit einen Themenkern dar, dessen tiefergreifende Beleuchtung in geschichtlicher Hinsicht eine spätere Untersuchung zu rechtfertigen schien, in der, im Rahmen einer Erforschung der Rechtssysteme, die deren Verhältnis zur Sozialgeschichte mitberücksichtigt, die Rolle der Universität für die Geschichte des „heutigen Römischen Rechts“ und der ius-romanistischen Einrichtungen in Lateinamerika, sowie umgekehrt die Rolle des römischen Rechts für die Geschichte der Universität klarer zutage träten.

b) Im Jahre 1973 führte darauf in Sassari die Forschungsgruppe über die Verbreitung des römischen Rechts eine internationale Tagung zum Thema „Staat und revolutionäre Einrichtungen im antiken Rom“ durch, an dem auch zahlreiche lateinamerikanische Romanisten teilnahmen.

Die Interessengebiete der Tagung waren, ⁸ methodisch gesehen, die „Verwendung bzw. Ablehnung der modernen Kategorien ‚Staat‘ und ‚Revolution‘ bei der Auslegung der ‚politisch-rechtlichen‘ Wirklichkeit der Antike, sowie die Untersuchung der Verwendung und umgekehrt der Ablehnung der römischen Antike im Laufe der großen Revolution der Neuzeit, in der der Aufbau des ‚Staates‘ an der Tagesordnung war“.

Man begnügte sich allerdings nicht mit einer solchen Gegenüberstellung und gelangte „einerseits zu einer präziseren und bewußteren Übernahme

⁴ P. Catalano, *Linee dell'indagine*, in *Index cit.*, p. 1 f.

⁵ H. A. Steger, *Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert*, sowie Diskussionsbeiträge in: *Index cit.*, pp. 26 ff, 97 ff.

⁶ F. Margadant, *Enseñanza del derecho y derecho romano*, sowie Diskussionsbeiträge in: *Index cit.*, pp. 90 ff, 97 ff.

⁷ P. Catalano, Diskussionsbeiträge in *Index cit.*, p. 118 f.

⁸ Cf. die Akten in *Index*, 7, 1977 (Versch. 1981), p. 3 ff. Cf. außerdem *Index*, 3, 1972, p. 153 f; L. Labruna, in *Labeo*, 19, 1973; R. Günther, in *EAZ Ethnogr. — Archäol. Z.*, 15, 1974, p. 99 f.

antiker Begriffe, andererseits zur ‚Erfindung‘ ‚neuer‘ zeitgenössischer Kategorien, in einem erkenntniswissenschaftlich-operativen Verhältnis von Gegenwart und Antike, das am ehesten für richtig und fruchtbar befunden wurde“.⁹

Die Aufmerksamkeit war deshalb auf die *res publica* gerichtet, die „im Vergleich zu den traditionellen, innerlich und äußerlich auf Blutsrecht gegründeten, gesellschaftspolitischen Systemen“, einen revolutionären Komplex darstellte; sowie auch auf die „Verfassungsrevolution“ der Plebs, die den Wert der „Isonomie“ in das System der Zenturiatsordnung einführte und einen fortwährenden Anspruch erhob, der dann auch von der *civilitas* des Gesamtreichs übernommen wird, usw. Was die „gegenwärtige Thematik“ anbelangte, so wandte sich die Aufmerksamkeit Rousseau, Montesquieu, Robespierre, Constant und ihren Gedanken über die klassischen Schriftsteller zu, wobei folglich ihre Bezugnahme auf antike Kategorien beim Aufbau des gegenwärtigen Staates untersucht wurde. Die Erörterung weitete sich bezeichnenderweise aus auf Bolivar, auf Bello, sowie auf die Rolle, die das klassische Modell beim „revolutionären“ Engagement zugunsten der amerikanischen Unabhängigkeit gespielt hat“. Das ‚Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano‘, das bei der derselben Gelegenheit in Sassari gegründet wurde, legte sich somit unmittelbar auf ein Programm fest, in dem die Erforschung des römischen Rechts in mehrere Richtungen hin offen blieb; besondere Aufmerksamkeit galt dabei den Beziehungen des römischen Rechts zum geltenden Recht, und zwar in zweierlei Hinsicht: Was das Privatrecht anbelangt, geht es um die internationale „Vereinheitlichung“ des Rechts, die unter Umständen eine neue Form der „Isonomie“ darstellt; was das öffentliche Recht anbelangt, haben wir es mit der eigentlichen Thematik des Staates und der revolutionären Einrichtungen zu tun.¹⁰ Auch diese Zusammenhänge stellten Themenkerne dar und regten die nähere Bestimmung und Abgrenzung von Fragen an, bei denen eine Vertiefung, der geschichtlichen Untersuchung, d. h. eine Erfassung der verschiedenen Ausformungen, die sie in der Vergangenheit angenommen hatten, bedeutsam und letzten Endes klärend erschien.

2. Die Untersuchung der Rolle, die das römische Recht in der Geschichte Lateinamerikas gespielt hat, richtete sich somit insbesondere auf die Ereignisse des vergangenen Jahrhunderts, die die Kodifizierung des Rechts, ihre Verknüpfung mit den Unabhängigkeitsrevolutionen und ihre Verankerung im lateinamerikanischen Gemeinrecht betreffen. Letzteres schien einen heute noch lebendigen Bestandteil innerhalb der Einheitsdynamik des Systems selbst darzustellen, wobei die Kodifizierungen als eine bruchlose Ausformung desselben auftraten, als ein Instrument, das losgelöst war von jenem Rechtsnationalismus, der die neuere europäische Geschichte kennzeichnet (wenngleich auch hier der Nationalismus keineswegs zum einzigen Aspekt gewor-

⁹ G. Lobrano, *A proposito di Stato e istituzioni rivoluzionarie in Roma antica*, in *Index*, 7 cit., p. 9 ff.

¹⁰ Dieser Arbeitsplan hat sich so dann schrittweise verwirklicht in den lateinamerikanischen Kongressen des Römischen Rechts/Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano I (1976) in Buenos Aires (siehe dazu S. Schipani, in *Labeo*, 22, 1976, p. 433 ff.), II (1978) in Jalapa siehe dazu S. Schipani, in *Labeo*, 26, 1980, p. 448 ff.), III (1981) in Bogotá (siehe dazu S. Schipani, in *Labeo*, 27, 1981, p. 441 ff.), IV (1983) in Brasília (siehe dazu S. Schipani, in *Labeo* im Druck), sowie im Studienseminar von Asunción (1977) (siehe dazu S. Schipani, in *Labeo*, 23, 1977, p. 380) (cf. ausserdem *Index*, 6, 1976 aber 1983, p. 129 ff.).

den ist).¹¹ Die Universitäten erschienen nun einerseits von einem andauernden Universalismus geprägt zu sein und waren andererseits der Ort, an dem die politischen Eliten heranwuchsen, die eine wichtige Rolle in der Unabhängigkeitsbewegung und bei der Strukturierung der neuen Staaten spielen.

Die Notwendigkeit, die Beziehungen zwischen römischem Recht, Unabhängigkeitsrevolutionen und Kodifizierungen noch eingehender zu untersuchen, hat mich veranlaßt, ein „vorläufiges Arbeitsprogramm“ auszuarbeiten, das davon ausgeht, daß „die spezifische Form, die die ius-romanistische Überlieferung im vergangenen Jahrhundert bezüglich der Rechtskodifizierungen in Lateinamerika angenommen hat, eng mit den Unabhängigkeitsrevolutionen auf dem Kontinent zusammenhängt. In der Tat wirken sich diese Revolutionen auf das Verhältnis zur iberischen Tradition aus; sie verändern außerdem zutiefst die Beziehungsstrukturen der Länder Lateinamerikas im Hinblick auf die anderen Kultur- und Wirtschaftszentren (Kontinental-)Europas und der angelsächsischen Welt, sowie nicht zuletzt das Verhältnis zu den einheimischen Bestandteilen im Innern der genannten Länder“.¹²

3. Der Versuch im Folgenden einige erste Ergebnisse einer Arbeit geordnet zusammenzufassen, an der ich in Zusammenarbeit mit mehreren Kollegen tätig bin und die noch nicht abgeschlossen ist — wobei ich darum bitte, die unvermeidliche Knappheit der Darstellung, die Schematisierungen, sowie die Gefahren nicht ausreichend fundierter Verallgemeinerungen zu entschuldigen —, trennt die die Verfassungen betreffenden Überlegungen von denjenigen über die Bürgerlichen Gesetzbücher, unterscheidet also die beiden Pole, denen sich die Aufmerksamkeit zugewandt hat.¹³

3.1. Im Bereich der Verfassungen haben wir anfänglich drei verschiedene Perspektiven berücksichtigt, und zwar a. das „Bolivarsche Modell“, b. das Modell des Nationalstaats, c. das Beispiel Paraguays, in ihrem jeweils verschiedenen Verhältnis zu Modellen, die zu verschiedenen Zeitpunkten der Geschichte des ius-romanistischen System vermittelt wurden.

a) Was das erste Modell anbelangt, so kann auf eine alte Wurzel hinge-

¹¹ Cf. *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, in *Studi Sassaresi*, Serie III, 5, 1977—78; cf. außerdem S. Schipani, in *Labeo*, 24, 1978, p. 249 f.; P. Catalano, *Il diritto romano attuale dell'America Latina*, in *Index*, 6 cit., p. 87 ff. (besonders p. 95 ff.); J. M. Castán Vázquez, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid, 1984, p. 95 ff.

¹² Cf. S. Schipani, in *Labeo*, 27, 1981, p. 293 ff., wo auch ein Programmentwurf abgedruckt ist. Cf. außerdem für alle einerseits P. Catalano, *A Proposito dei concetti di 'rivoluzione' nella dottrina romanistica contemporanea (tra 'rivoluzione della plebe' e dittature rivoluzionarie)*, in *SDHI*, 43, 1977, p. 440 ff.; *Continuità e rivoluzioni in età moderna*, in P. Catalano—P. Siniscalco, *Aspetti storico-religiosi e giuridici dell'idea di Roma: tradizione e rivoluzione. Università degli Studi di Roma — Progetto di ricerca di Ateneo*, Roma, 1981, p. 5 ff. (= in *Da Roma alla Terza Roma* — Studi — I, *Roma Costantinopoli Mosca, Napoli*, 1983, p. 562 ff.) und andererseits M. Kossok—J. Kübler—M. Zeuske, *Ein Versuch zur Dialektik von Revolution und Reform in der historischen Entwicklung Lateinamerikas (1809—1917)*, in *Studien zur vergleichenden Revolutionsgeschichte. 1500—1917*, Berlin, 1974, p. 160 ff.

¹³ Ich verweise in dieser kurzen Zusammenfassung nicht auf die wissenschaftliche Literatur zum Thema, sondern ausschließlich auf die Beiträge, die im Zusammenhang mit dem im Gang befindlichen Forschungsprojekt ausgearbeitet werden, wovon einige schon in Druckfahnen vorliegen, andere druckfertig sind. Ausnahmsweise beziehe ich mich außerdem ab und zu auf andere Schriften derselben Mitarbeiter, sofern in ihnen wichtige Hinweise in Richtung unseres Projekts geliefert werden.

wiesen werden, und zwar die in Rom verbreitete ‚ökumenische‘ Auffassung, derzufolge „untereinander sehr verschiedene ethnische Überlieferungen innerhalb eines Bezugsrahmens der individuellen Sicherheit und Prosperität zusammenleben“. Diese Auffassung kann auf die „Einrichtung eines Territorialstaates“ verzichten, da sie eher auf der „Charakterisierung als *Civis Romanus*“ gründet. Im Mittelalter wird diese Auffassung durch ein entgegengesetztes Konzept und zwar durch dasjenige der „Territorialität“ ergänzt, und geht, während das Römische Reich zum Reich der „Nationen“ wird, in den spanischen Erlebnisbereich ein, von wo sie in die „neue Welt“ hinüberprojiziert wird.

Der Aufgabe dieses Modells von Seiten der Bourbonen im 18. Jahrhundert, die eine „Herrschaft“ auf einem „nationalen“ Territorium anstreben, entspricht u. E. eine Reaktion, die unter dem Zeichen der Treue zu ihm zur Unabhängigkeit führt. Im Verlauf des vor allem auf der Ebene der politisch-verfassungsmäßigen Ausarbeitung von dem Namen Simón Bolívars geprägten Versuchs, ein solches „ökumenisches“ Modell für Lateinamerika zu entwickeln, gelingt es jedoch, abgesehen von dem Ansatz, den er selbst im Anklang an die alte römische Auffassung zu verwirklichen suchte, einem Teil der ihn unterstützenden Kräfte nicht, sich von dem Konzept der Territorialität frei zu machen, was ein Hemmnis darstellt angesichts der „un-territorialen“ Legitimität der Macht, d. h. angesichts der spezifischen Art und Weise, mit der die einheimische Bevölkerung Macht auf den Raum bezieht.

Die „hacienda“ brachte demnach nicht die Kraft auf, „frei und unabhängig an der sozial-ökonomischen Erneuerung mitzuwirken“, und das ist vielleicht der Schlüssel zum Verständnis des Scheiterns des Bolívarschen Projekts. Das französische Modell eines territorialen Nationalstaates behielt die Oberhand, obgleich in der Universität Andrés Bello, in den lateinamerikanischen Integrationstheorien sowie (cf. *infra* 3.2.b) in einem Teil der Kodifizierungen des Zivilrechts, der ökumenische Geist in einer authentisch lateinamerikanischen Perspektive überlebte.¹⁴

b) Das Modell des territorialen Nationalstaats wurde im Übrigen wesentlich in Abwesenheit der „Nationen“ verwirklicht und es mit den Verwaltungseinheiten der spanischen Organisation zusammenfiel. In Venezuela — die Bemerkungen haben aber vielleicht allgemeinere Gültigkeit — gab es zwar zahlreiche Unterschiede zwischen den verschiedenen Verfassungsent-

¹⁴ Dieser Themenkreis wurde schon insbesondere von H. A. Steger untersucht, und zwar in: H. A. Steger, *Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina* (vom selben A. cf. auch schon *Die Universitäten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld, 1967; *Die Bedeutung* usw. cit., sowie Diskussionsbeiträge in *Index*, 4, 1973, p. 22 ff., 97 ff., die einige Hinweise enthalten); sowie von L. Zea, *Imperio Romano y imperio español en el pensamiento de Simón Bolívar*, in *Nuestra América*, 1, 1980, México, p. 11 ff. (= in *Quaderni Latinoamericani*, 8, 1981, p. 13 ff.) (vom selben A. cf. auch schon *América como conciencia*, México, 1972); von M. Panebianco, *Teorías da integração Latino-americana no Século XIX (Estado Federal e Estado Supranacional)*, in *Direito e Integração*, Brasília, 1981, p. 57 ff.; *La recezione del Jus gentium in America Latina*, in *Studi Sassaresi*, 8, 1980–81, p. ff.; und von M. Sabbatini, *Pensiero e linguaggio politico bolivariano. 1810–1818 (América, Patria, Nación, Pueblo, República, Estado)*, in *Quaderni Latinoamericani*, 8 cit., p. 37 ff. Dieser Themenkreis wurde auch in dem 1983 in Rom von der Società Bolivariana di Roma durchgeführten Primer Coloquio Europeo de Estudios Bolivarianos (Akten im Druck) angesprochen. (Zu Bolívar im Besonderen stellt das *Lessico costituzionale bolivariano*, Napoli, 1983 ein wichtiges Arbeitsmittel dar.)

würfen; und doch scheint eine gemeinsame liberale Grundstruktur verbreitet zu sein, deren Kennzeichen „die Gewaltenteilung, die Proklamation der Individualrechte und der entschiedene Schutz des uneingeschränkten Eigentums“ sind. Diese Grundstruktur wurde allerdings auch in Abwesenheit einer bürgerlichen Revolution auf der Grundlage einer Bewegung erreicht, die die Interessen der „criollos“ gegenüber einem übermäßigen Liberalismus der spanischen Krone, oder überhaupt angesichts der Ungewißheit ihres Schicksals zu schützen suchte. Sobald einmal auf die oben geschilderte Weise das Bolivarsche Projekt hinfällig geworden war, hing die Übernahme der eben angedeuteten Verfassungsformen von deren geistiger Glaubwürdigkeit als Möglichkeit einer wissenschaftlichen Staatsorganisation ab; eine solche Übernahme sei im Schatten der ideologischen Kraft des römischen Rechts, der *ratio scripta*, herangereift, bei deren Um- und Ausarbeitung die subjektiven Rechte und der Begriff der Souveränität selbst zusammen geflossen seien.¹⁵

Diese mehrfache Trennung der legalen Verfassungen von der gesellschaftlichen und kulturellen Wirklichkeit, die auf mehreren Ebenen bei der Bildung der unabhängigen Staaten Lateinamerikas auftritt, scheint eine nähere Klärung zu verdienen, und zwar sowohl um etwaige Unzulänglichkeiten der Verfassungen verstehen zu können, als auch umgekehrt, um deren Mehrwertigkeit analysieren zu können, in Bezug auf etwaige Fähigkeiten der Verfassungen solche Trennungen zu überwinden oder sich von gesellschaftlichen Bedingungen loszulösen, für die sie geschaffen worden waren. Sie regt außerdem zu einer genaueren Einschätzung der gnoseologisch-operativen Funktion an, die das antike Modell und seine Untersuchung, mit samt deren aufeinanderfolgenden Anpassungen im Laufe der Geschichte der Unabhängigkeit Lateinamerikas möglicherweise ausgeübt hat und noch ausüben kann.

c) Die Geschichte von Paraguay wird zur Zeit einer bedeutsamen Revision von Seiten der Geschichtsschreibung auf internationaler Ebene unterzogen. Bis 1870 stellt das Land einen Einzel„fall“ des an der Antike inspirierten Verfassungsmodells dar, dessen Durchführung von bemerkenswerter zeitlicher Dauerhaftigkeit ist, und das erst auf Grund eines offenen Angriffs von außen fällt. In Paraguay werden die Instanzen der römischen Magistraturen eingeführt, und die Grundlage der Versammlung ist, vor allem anfänglich, demokratisch, vom Volk ausgehend, (erst später auf die besitzende Schicht beschränkt). „Das Gedankengut war liberal, was den Ursprung der Macht — der Allgemeinwille —, nicht aber den Vollzug der Macht anbelangt.“ Auch das sozio-ökonomische Modell, das als „Staatsmerkantilismus“ eingestuft wurde, unterscheidet sich von dem anderer Länder, stützt sich auf große staatliche Ländereien und entwickelt auch staatliche Industrien, die dem Land eine ausgesprochene Selbständigkeit und Unabhängigkeit verleihen.¹⁶

¹⁵ Diese Hypothese ist insbesondere von R. Pérez Perdomo untersucht worden, in *Derecho romano, codificación e independencia política en Venezuela* (vom selben A. cf. schon *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*, Caracas, 1978).

¹⁶ Dieser Ansatz ist insbesondere von C. A. González untersucht worden, in *El Proceso legislativo Paraguayo, desde la Colonia hasta comienzos del siglo XX*; sowie von P. Catalano, *Indipendenza e codificazione del diritto; alcuni dati dalla storia della Repubblica del Paraguay*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 540 ff. (vom selben A. siehe auch schon *Consolato e dittatura: l'„esperimento“ romano della Repubblica del Paraguay (1813—1844)*, in *Studi Romani*, 26, 1978, p. 178 ff. = in *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, Roma, 1983, p. 151 ff.).

Es scheint, als könne man eine enge Verbindung zwischen den institutionellen Formen und dem Problem der nationalen Unabhängigkeit erkennen. Analogien zu Ansätzen und Modellen des Bolivarschen Verfassungsdenkens wurden aufgeworfen und sollen genauer geklärt werden.

3.2. Im Bereich der Bürgerlichen Gesetzbücher haben wir folgende Themen angeschnitten: a) die Kritik des gültigen Rechtes, als Vorgeschichte der Kodifizierung; b) den Begriff des Gesetzbuchs (*codice*) und sein Verhältnis zum Gemeinrecht; c) das Eigentumsrecht; d) andere allgemeineren vergleichenden Gegenüberstellungen.

a) Die Kritik des gültigen Rechts scheint in der juristischen Kultur des 18. Jahrhunderts in Lateinamerika zu fehlen; ihre Anfänge stehen in Zusammenhang mit der Unabhängigkeit. Diese Beobachtung, die vorerst für Venezuela gemacht wurde, muß in ihrer allgemeinen Tragweite noch überprüft werden. Sie stimmt allerdings mit der Feststellung überein, daß das indianische Recht, abgesehen von einigen durch besondere Gesetze aufgehobenen Teilen, in vielen der unabhängig gewordenen Länder noch viele Jahrzehnte lang in Kraft blieb.

Die Untersuchung der nach der Unabhängigkeit formulierten Kritik, die bisher am Beispiel Chiles vertieft wurde, zeigt eine Übernahme der in Europa dem Gemeinrecht gegenüber entwickelten Gemeinplätze (Vielzahl von Gesetzen, ausschließlich aufzählende Gesetzbücher, Unklarheit des Rechts, überholter Sprachgebrauch, Unzahl von Kommentaren, sowie Unsicherheit in den öffentlichen Beziehungen und eine schlechte, langsame Justizverwaltung, die von all dem herrührt), und ihre Übertragung auf das königliche spanische Recht.

Es überwiegt außerdem die erwähnte Kritik von außen, im Vergleich zur Kritik von innen, d. h. zur Tendenz, ein bestehendes Recht in seiner Grundsubstanz durch ein anderes zu ersetzen, was auf einen Ansatz hinweist, dessen Vorgänger in der spanischen Kultur wir mitberücksichtigen. Diese Art Kritik wird von Juristen aller ideologischen Richtungen betrieben, während die dem römischen Recht gewidmete Kritik ausgesprochen begrenzt ist; letztere geht von Rechtswissenschaftlern aus, in deren Vorstellungen u. E. eine gemeinsame liberale Grundüberzeugung erkennbar ist.¹⁷

b) Die Diskussion zum Thema „Gesetzbuch“, wiederum am Beispiel Chiles gesehen, geht von einer Gegenüberstellung von „Reform“ und „Konsolidierung“ des Rechts durch das Gesetzbuch bis hin zu einer Sicht, die „die beiden Prozesse vereinigt“. Die unmittelbare Nach der Unabhängigkeit hervortretende Linie der „Reform“ schlug die Übernahme des *Code Napoléon* vor. Dieser Vorschlag, der z. B. auf Haiti und danach in Bolivien befolgt worden war, wird dagegen in Chile überwunden, was zu einer weit verbreiteten Einstellung zugunsten der „Konsolidierung“ führt. Andrés Bello drückt diese Einstellung aus in dem Beitrag zum Neuen, den er durch eine

¹⁷ Dieser Themenkreis ist insbesondere von A. Guzmán Brito untersucht worden, in *Crítica al derecho como presupuesto de la codificación en Chile en torno al primer tercio del siglo XIX*, sowie von R. Pérez Perdomo im oben zitierten Beitrag. Die Vorgänger in der spanischen Kultur des 18. Jahrhunderts, mit Bezug auf ein bedeutsames Beispiel, hat V. Tau Anzoategui, untersucht, in *El pensamiento español en el proceso de la codificación hispano-americana: los „Discursos criticos“ de Juan Francisco de Castro* (vom selben Autor siehe auch schon insbesondere *Las ideas jurídicas en la Argentina (1810–1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Buenos Aires, 1977, rezensiert von R. Zorraquin Becú, *Quaderni Fiorentini*, 8, 1979, p. 413 ff.).

Aneignung der Überlieferung herausarbeitet, und zwar durch die Aneignung der stärker an das römische Recht und an seine späteren Wechselfälle gebundenen Elemente, und insbesondere, wie aus den von ihm selbst geleisteten Verweisen ersichtlich ist, an die *Siete Partidas*, d. h. ausgerechnet an jenes schon durch seinen Ursprung so stark an den Gedanken des Reichs, an seine „ökumenische“ Perspektive, gebundene Werk.¹⁸

Und das von Andrés Bello in Chile ausgearbeitete Bürgerliche Gesetzbuch wurde im Namen der „begehrten sozialen Einheit unseres Kontinents“ (M. Arcizar) mit teils sehr geringfügigen Veränderungen weitgehend übernommen. Die Welt der Einheimischen blieb allerdings im Grunde aus dieser Struktur ausgeschlossen, — eine Tatsache, die es näher zu untersuchen gilt.

Die in dieser Weise skizzierte Dynamik, die ich mit der Abfolge „Unabhängigkeit — Aneignung der Gesamtheit der Überlieferung — Kodifizierung“ umreißen will, ist noch nachdrücklicher entwickelt im Werk des Argentiners Dalmacio Vélez Sársfield. Letzterer geht genauestens den Wurzeln der Bestimmungen des Gesetzbuches, an dem er arbeitet, nach und erklärt sie in „Notas“, die mit offiziellem Auftrag abgefaßt und veröffentlicht wurden, noch heute weiter veröffentlicht werden und eine gegliederte Einheit mit dem Wortlaut des Gesetzbuches selbst bilden. Diese Wurzeln werden, außer in den Texten der anderen gültigen Gesetzbücher und deren Kommentatoren, auch in den Texten des Gemeinrechts und in denjenigen der römischen Juristen erkannt, was jene analytische Aneignung der römischen Überlieferung innerhalb des lateinamerikanischen Zivilrechts hervorbringt, die als „Transfusion des Römischen Rechts“ definiert worden ist und nicht von romantischen Auffassungen, sondern von der tagtäglichen auch durch die Gerichtserfahrung angereicherten Vertrautheit mit dem *mos italicus*, seinen Methoden und seinen Wandlungen geleitet war.¹⁹

¹⁸ Diese Zusammenhänge wurden insbesondere von A. Guzmán Brito untersucht, in *El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del derecho civil*, in *Studi Sassaresi*, 5, 1977—78, p. 137 ff. (vom selben Autor cf. auch *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977; *Para la historia de la fijación del derecho civil y sus divisiones*, in *Historia*, 14, 1979, Santiago, pp. 315 ff.; *Ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista*, in *AG*, 195, 1979, p. 145 ff.; *Ensayo de una bibliografía para la historia de la codificación civil chilena*, in *Quaderni Fiorentini*, 7, 1978, p. 601 ff.; und zuletzt *Andrés Beldrés Bello codificador*, 2 Bde., Santiago, 1982), sowie, was andere Gesichtspunkte angeht, von H. Hanisch Espíndola, *El derecho romano en el pensamiento y la docencia de don Andrés Bello*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 19 ff. (vom selben A. siehe zuletzt *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago, 1983); G. Cermeno Tapia, *Andrés Bello y su proyección americana*, in *Studi Sassaresi*, 5. cit., p. 115 ff.; S. Schipani, *Andrés Bello romanista istituzionista*, in *Andrés Bello e il diritto latinoamericano* (im Druck). Zur Bedeutung des Hinweises auf die *Siete Partidas*, cf. auch Steger in den oben zitierten Arbeiten, sowie De Los Mozos, *Algunos aspectos de la influencia hispanica en el código civil de Andrés Bello*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 445 ff.

¹⁹ Diese Forschungsrichtung wurde insbesondere von A. Díaz Bialeto verfolgt, in *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI—XIX) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil Argentino (1864—1869)*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 251 ff. (vom selben Autor siehe auch schon *El derecho romano en la obra de Vélez Sársfield*, 3 Bde., Córdoba, 1949—1952; *La transfusión du droit romain*, in *RIDA*, 18, 1971, p. 471 ff.; *Influencia del derecho romano en el derecho positivo de la Argentina*, in *Romanitas*, 10, 1971, p. 235 ff.); von H. Vázquez—J. C. Ghirardi—M. L. Rolfo de Costamagna, *Tres escritos judiciales del dr. Vélez Sársfield. Su versación romanista*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 347 ff.; von L. Moisset de Espanés,

Die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches an Stelle der antiken Gesetzestexte reiht sich in diesen Fällen als Vervollständigung in den ausdrücklichen Bruch mit Spanien als modernem Staat ein, nicht aber mit der Tradition, die es vermittelt und angereichert hatte. Letztere wird in unterschiedlicher Art und Weise angeeignet: sie dient allgemein als tiefgreifender Bezugsrahmen, während größtenteils das von ihr übernommen wird, was unmittelbar Teil des Gemeinrechts und des römischen Rechts war.²⁰ Es wird vielleicht möglich sein, in einem Vergleich zu den die Verfassungen betreffenden Bemerkungen und mit ähnlicher methodischer Absicht, die Möglichkeit zu berücksichtigen, die Übereinstimmung der Bürgerlichen Gesetzbücher oder bestimmter Aspekte derselben mit dem „Bolivarschen Modell“ abzuwägen, wenn auch eine Reihe von Elementen vorhanden sind, die eher in Einklang mit dem Modell des „territorialen Nationalstaates“ stehen.

Das Gesetzbuch ist ein Gesetz besondere Art. Die Berücksichtigung jenes „rechtswissenschaftlichen Augenblicks des Rechts“, der auch in den ausschließlich auf Gesetz gestützten Rechtsordnungen gegenwärtig ist, und in den Gesetzbüchern einen umso breiteren Raum einnimmt, die fast vollständig von der Rechtswissenschaft ausgearbeitet werden und sodann zur Auslegung zu ihr zurückkehren, stellt ein analytisches Hilfsmittel dar, das im vorliegenden Fall eine besondere Bedeutung einnimmt.²¹ Die Gesetzbücher gehen in der Form des Gesetzes auf, das deren Inhalt an das Prinzip der Volkssouveränität und an das Bedürfnis nach „Gewißheit“ bindet. Dies geschieht jedoch, ohne daß dieselben vom Rahmen des Gemeinrechts, der rechtswissenschaftlichen Forschung, d. h. von den Juristen isoliert werden; ohne daß sie innerhalb eines etatistischen Rechtsnationalismus' eingeengt werden; ohne daß sie von jenem Universalismus losgelöst werden, deren Ausdruck und Instrument sie, gemeinsam mit den Universitäten, bleiben. Das Recht besitzt in Lateinamerika eine spezifische Valenz, wo der Drang zur (zwischenstaatlichen) Vereinigung des Rechts sich auf einen reichen Bestand an zwar aufgegliederter, aber nie gebrochener Einheit stützt.

Die oben erwähnte Abfolge mündet nicht in den Rechtsnationalismus ein, sondern führt auf eine Perspektive, auf eine Kodifizierung innerhalb des Gemeinrechts zu. Die Gesetzbücher enthalten in ihrer Komplexität mehrere Elemente, und zwar Elemente des Gemeinrechts, des 'Universalismus' des römischen Rechts, der wissenschaftlichen Erforschung des Rechts, der *scien-*

Reflexiones sobre las notas del Código civil argentino, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 445 ff.

²⁰ Von Bedeutung für die nähere Klärung dieser Feststellung ist die Untersuchung der Rechtskultur der lateinamerikanischen „abogados“, wie sie z. B. aus den Bibliotheken ersichtlich ist: dieser Arbeitsgedanke ist vor allem von G. Dolezalek behandelt worden, und zwar in *Libros jurídicos anteriores a 1800 en la biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del siglo XIX*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 491 ff.; siehe aber auch Díaz Bialek im oben zitierten Beitrag.

²¹ Dieser von mir in der *Nota introduttiva* der *Studi Sassaresi*, 5 cit., ange deutete Blickpunkt wird von E. González de Cancino untersucht in *Algunas consideraciones en torno a la influencia del derecho romano en las codificaciones civiles de América Latina*, sowie von mir selbst in *Enciclopédia Saraiva do Direito, s. v. Unificação do direito (direito romano, codificação)*, 75, São Paulo, 1977—... p. 463 ff., und in *Sistemas Jurídicos e Direito Romano. As Codificações do Direito e a Unidade do Sistema Jurídico Latino-Americano*, in *Direito e Integração* cit., p. 35 ff.

tia iuris; sie beinhalten außerdem Elemente, die an liberale, bürgerliche Vorstellungen gebunden sind, haben dagegen nur verschwindend wenige Anzeichen (in sehr viel begrenzterem Maße als in Europa) eines Nationalismus auf dem Gebiet der Rechtskultur entwickelt.

c) Die bisher ausgeführten Arbeitsrichtungen beziehen sich eher auf das Gesetzbuch im Sinne einer Sonderform der Stabilisierung des Rechts durch ein Gesetz — und nur allgemein beziehen sie sich auf die in ihm enthaltenen Normen — als auf die Geschichte spezieller Einrichtungen: Man denke zum Beispiel an die Vereinheitlichung des Rechtssubjekts im Vergleich zur früheren Vielzahl von Personenkategorien, sowie auch zu seinem Abstrahieren vom Bezug auf den Menschen, statt dessen die juristische Person mit einbezogen wird; oder an das Vertragssystem und allgemeiner an die Verwirklichung der Privatautonomie; oder an die subjektiven Rechte, usw.²²

Vor die Notwendigkeit einer genaueren analytischen Berücksichtigung dieser grundlegenden Aspekte des kodifizierten Normenkomplexes gestellt, haben wir die Untersuchung über die Geschichte des Eigentums angebahnt, die sich mit dem Übergang vom System der „*mercedes de tierras*“ (in dem der Besitz noch nicht zu den individuellen Rechten gezählt wurde) zum System des Bürgerlichen Gesetzbuches beschäftigt.

In Argentinien verläuft dieser Übergang in mehreren Phasen. Zunächst werden aufklärerische und radikal-liberale Vorstellungen erprobt und Landzuteilungen in Erbpacht durchgeführt; daraufhin geht man zu umfassenden und übereilten Schenkungen und Verkäufen über, die zum Großgrundbesitz führen. Das Bürgerliche Gesetzbuch wird verfaßt, als die Wandlung nunmehr vollzogen ist; es ist also nicht deren Instrument. Es legt den absoluten, ausschließlichen und fortdauernden Charakter des Eigentums fest und läßt Erscheinungen, die es aufteilen, wie etwa die Erbpacht und die Oberfläche, nicht zu. Das geschieht, nicht ohne sich mit den verschiedenen möglichen Potenzialitäten der ius-romanistischen Schemen auseinanderzusetzen, die es übernimmt, wobei eine spezifische Auslegung derselben angedeutet wird, ohne aber den historisch-dogmatischen Zusammenhang mit deren Grundstruktur, sowie mit den anderen, gewiß nicht individualistischen Perspektiven, die sie ausdrückten, zu unterbrechen.

In Paraguay findet dagegen die „Privatisierung“ des Landes wesentlich nach der Annahme des Gesetzbuchs statt. Sie folgt demnach der militärischen Niederlage des oben schon erwähnten Systems, dessen Charakteristikum weitläufige Staatsbesitze waren.²³

²² Zu diesen Themen finden sich erste Beobachtungen bei J. L. De Los Mozos, im oben zitierten Beitrag; außerdem H. Gutierrez Sarmiento, *La tradición, o el cruce entre el derecho de obligaciones y el de cosas, de estirpe romanista, en el derecho colombiano*; und vor allem H. Hanisch Espindola, *La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5, 1890, Valparaíso, p. 167 ff. = in *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano* cit., p. 335 ff.

²³ Zu dieser Frage, die noch der näheren Klärung bedarf, siehe die Analysen von S. A. Meira, *Direito brasileiro e direito argentino. Códigos commercial e Civil. Influência do „Esboço“ de Teixeira de Freitas no projecto de Vélaz Sársfield*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 201 ff., sowie *Direito civil no Império do Brasil e sua projeção no início da República*, und schliesslich, im Rahmen der internationalen Tagung zum Thema *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cf. insbesondere A. Guzmán Brito, *Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas* (im Druck).

d) Die Besonderheit der Geschichte der Unabhängigkeitsrevolutionen Lateinamerikas und der in ihnen vorgestellten institutionellen Lösungen impliziert zunächst die Anerkennung der Unabhängigkeit, aber darüber hinaus gesehen natürlich von den Bezügen innerhalb Lateinamerikas, d. h. zu Brasilien²⁴ auch eine besondere Beachtung für bestimmte Aspekte der Institutionengeschichte Kontinental-Europas, sowie für in ihr herangereifte Modelle. Die Gegenüberstellung sollte ganz besonders vorsichtig angebahnt werden — und in diesem Sinn wurde sie auch angelegt —, unter anderem in Anbetracht der Probleme und Besonderheiten, auf die wir im Zusammenhang mit der Verwendung des „Modells“ des Nationalstaats hingewiesen haben. Was die Bürgerlichen Gesetzbücher anbelangt, folgt dieser Vergleich den beiden Hauptrichtungen der Bewegung zugunsten der Kodifizierung in Europa: der an den Code Napoléon gebundene Richtung und derjenigen, die ausgehend von der Historischen Schule und der deutschen Pandektistik beim BGB landet, wobei sie sich in manchen Bereichen auch mit dem ABGB auseinandersetzt. Für Italien wurde der überwiegende Erfolg des Prinzips der Nationalität festgestellt, der eng mit dem Drang nach einem liberal-bürgerlichen Verfassungsform zusammenhängt (wenn auch andere Ansätze nicht fehlen), und die unterschiedliche Ebene, auf der die bürgerliche Kodifizierung vorzuliegen scheint. Der von Napoleon im Rahmen eines revolutionären Modells, das reich an Bindungen zur römischen Antike war, eingeführte Bürgerliche Gesetzbuch wird in der Tat danach in den Staaten der Restauration mit nur leichten Veränderungen neu vorgebracht und wird schließlich nochmals 1865 bei der „Vereinigung Italiens“ vorgeschlagen. Dies geschieht zwar im Rahmen einer nationalen Legislativ-Vereinigung, und doch immer in Anlehnung an die Tradition des römischen Rechts und des Gemeinrechts. Für Ungarn wird einerseits die Niederlage des Unabhängigkeitskrieges und des mit ihm zusammenhängenden Kodifizierungsprogramms des Jahres 1848 festgestellt, das auf den Bruch des Feudalsystems abzielte, außerdem die, im Namen des feudalen und bürgerlichen „Nationalwiderstands“ vertretene ablehnende Einstellung gegenüber der Anwendung des ABGB, die im Rahmen der Gesetzpolitik des Kaiserreichs Österreich vorgeschlagen wurde. Andererseits gilt es, den Einfluß der deutschen Lehre vom „gemeinen Recht“, der Historischen Schule hervorzuheben, die zur Berücksichtigung der Wirkung der „Volksgeisttheorie“ und jener pandektistischen Theorie des Privatrechts anregt, deren Beziehungen zur Entwicklung des Kapitalismus in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herausgearbeitet werden.²⁵

3.3. Der zuletzt erwähnte Vergleich ist zwar zur Zeit noch zu eng umgrenzt, hat aber eine erhebliche Bedeutung für die weitere Durchführung der

²⁴ Dieser Ansatz wurde für den Zeitraum vor der Unabhängigkeit insbesondere von J. L. De los Mozos untersucht in *Ideas sobre la propiedad en el Derecho indiano* für den Zeitraum vor der Unabhängigkeit, sowie von M. A. Laquis, *El derecho real de propiedad la posesion y los derechos reales en la obra de codificación*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 395 ff (vom selben Autor siehe auch *Derechos reales*, I, Buenos Aires, 1975; II, 1979) für Argentinien, und C. A. Gonzales im schon zitierten Beitrag für Paraguay.

²⁵ Dieser Themeinkreis wurde insbesondere von G. B. Pene Vidari untersucht, in *Diritto romano, rivoluzioni per l'indipendenza e codificazioni del diritto in America Latina. Profili metodologici e comparatistici*; sowie von E. Pólay, *La Pandectistica y los esfuerzos para la codificación del derecho privado hasta el principio del siglo XX en Hungría* (vom selben Autor siehe auch schon *Einfluss der Pandektistik auf die ungarische Rechtswissenschaft*, in *Acta Jur. Ac. Sc. Hungaricae*, 19, 1977, p. 175 ff; *Ein Versuch zur Kodifizierung des ungarischen Erbrechts im 19. Jahrhundert*, in *Rechtsg. Ab.*, 6, 1974, Budapest).

Arbeit; und zwar nicht nur deshalb, weil er umfangreiche neue Fragen aufwirft, deren Besonderheit es zunächst einmal zu betonen gilt (allein das Datum der Kodifizierungen stellt schon einen wichtigen Hinweis dar); und weder allein deshalb, weil er eine Erscheinung von großem Ausmaß hervorhebt, wie es die „Pandektisierung“ der Rechtswissenschaft und die Anliegen, für die sie eine Antwort lieferte, sind. Sondern vor allem, um sich in der Gesamtzusammenstellung der Geschichte des ius-romanistischen Systems die komplexe Kohärenz und Offenheit seiner Rechtsschemata in den verschiedenen Zonen vor Augen zu halten. Die Geschichte solcher Kohärenz und Potenzialität kann nämlich m. E., wegen der sonst unvermeidlich sich einstellenden Verfälschungen, was ihren Blickpunkt und ihre Auslegung anbelangt, weder nur die Geschichte eines vermeintlich „zentralen“ Gebiets, noch diejenige der Beziehungen zwischen vermeintlich „periferen“ Gebieten und einen solchen „zentralen“ Gebiet sein; im Gegenteil sollte eine solche Geschichte die Art und Weise selbst, in der verschiedene Gebiete ins System eingegliedert werden, ändern und das Verhältnis untersuchen, in dem sie zu einem Recht stehen, das in vielfältiger Weise jedem von ihnen eigen ist, sofern in ihm „sit aliquis iuris peritus per quem possit cottidie ius in melius produci“ „hominum causa“.²⁶

²⁶ Bemerkungen zu diesem Fragenkomplex habe ich schon ausgeführt in *Diritto romano e diritto attuale (appunti sulla situazione italiana)*, in *Klio*, 61, 1979, p. 143 ff, insbesondere p. 152 ff. und 155 ff.